

Umbrella-klausular i bilaterale investeringstraktatar

Kandidatnummer: 600

Leveringsfrist: 25.11.2008

Til saman 15512 ord

28.11.2008

Innholdsliste

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| <u>1</u> | <u>UMBRELLA-KLAUSULAR I BILATERALE INVESTERINGSTRAKTATAR</u> | <u>1</u> |
| <u>2</u> | <u>KORT HISTORIKK</u> | <u>3</u> |
| <u>3</u> | <u>METODE</u> | <u>4</u> |
| <u>4</u> | <u>RETTSPRAKSIS OG PROBLEMSTILLINGAR</u> | <u>5</u> |
| <u>5</u> | <u>UMBRELLA-KLAUSULEN – ”SOFT LAW” ELLER ”HARD LAW”?</u> | <u>8</u> |
| 5.1 | Innleiing og problemstilling | 8 |
| 5.2 | Ordlyden i umbrella-klausulen | 9 |
| 5.3 | Plassering av umbrella-klausulen i traktaten | 11 |
| 5.4 | Formål med traktaten | 13 |
| 5.5 | Intensjonar | 15 |
| 5.6 | Konklusjon og den vidare framstillinga | 17 |
| <u>6</u> | <u>MATERIELLE SIDER VED UMBRELLA-KLAUSULEN</u> | <u>18</u> |
| 6.1 | Rettsfakta | 18 |
| 6.1.1 | Kva slags avtalar blir omfamna av klausulen? | 18 |
| 6.1.2 | ”Territory” | 26 |
| 6.1.3 | Kva skal til for atplikten er brote | 27 |
| 6.2 | Rettsfølgje | 30 |
| 6.2.1 | Tilordning av ansvar | 30 |
| 6.2.2 | Plikt til erstatning | 35 |
| 6.2.3 | Plikt til å gjenopprette | 36 |

| | | |
|------------------|---|------------------|
| <u>7</u> | <u>PROSESSUELLE SIDER VED UMBRELLA-KLAUSULEN</u> | <u>37</u> |
| 7.1 | Innleiing | 37 |
| 7.2 | BIT – primær eller subsidiær rett? | 37 |
| 7.3 | Nasjonal rett kontra internasjonal rett | 39 |
| 7.3.1 | Tvisteløysing – etter kva slags reglar? | 39 |
| 7.3.2 | ”Fork in the road” | 40 |
| <u>8</u> | <u>KONKLUSJON/OPPSUMMERING</u> | <u>42</u> |
| <u>9</u> | <u>LITTERATURLISTE</u> | <u>44</u> |
| <u>10</u> | <u>DOKUMENT OG TRAKTATAR</u> | <u>46</u> |
| <u>11</u> | <u>DOMMAR</u> | <u>47</u> |

1 Umbrella-klausular i bilaterale investeringstraktatar

I internasjonal handelsrett har det vakse fram bilaterale investeringstraktatar, på engelsk kalla ”bilateral investment treaties” (”BIT”), som er avtalar mellom statar, og omhandlar handsaminga av investeringar gjort i avtalelanda sine territoriale område, av individ og organisasjonar frå andre medlemsland. Som utgangspunkt pleier slike BIT å ha tre hovudpunkt: (1) standard for handsaminga av utanlandske investorar; (2) vern mot ekspropriasjon; og (3) metodar for å løyse investeringskonflikatar.¹ Vanleg er det at slike avtalar overlet løysinga av slike konflikatar til såkalla ”international arbitration” – internasjonal skiltsdom. Dette er ei form for konfliktløysing der medlemslanda går med på å la konflikatar bli løyst av ein eller fleire oppnemnde personar – alt ettersom kva som er avtalt – som vil fungere som dommarar i ein rettssak, og som legg opp vurderingane etter internasjonale prinsipp. Handsaminga av konflikten blir med andre ord gjort i eit internasjonalt forum. Det vanlege er no at slike konflikatar kjem fram for ”The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)”² eller ein annan ad hoc skiltsdomsdomstol. Dette fører til større tryggleik for investorar, ved at dei no kan halde seg til internasjonale lover og sedvanar, framfor nasjonale reglar som kan variere svært mellom ulike land, og ikkje minst så vil dei vere sikra handsaming av konflikatar innanfor eit nøytralt forum.

Prof. Dr. August Reinisch viser i sin avhandling ”Umbrella clauses” til tre ulike situasjonar som Christoph Schreuer har satt opp for tilfelle der han meiner ein internasjonal skiltsdomsdomstol er kompetent til å dømme over kontraktforpliktingar:

¹ Jarrod Wong s. 7. Jarrod Wong set her opp eit fjerde vilkår – “conditions for the admission of foreign investors to the host state”. Eg har valt å ikkje ta det med her, sidan det er usemje om dette faktisk stemmer, og eg er og sjølv ikkje samd i etter å ha lese gjennom eit godt utval BIT, at det faktisk er slik at BIT som oftast inneheld eit slikt punkt.

² Jarrod Wong s. 8.

Den første situasjonen er der eit kontraktbrot er av ein type som samstundes vil utgjere eit brot på internasjonal rett. Her er det vel stort sett semje om at dette er ein situasjon der konflikten kan handsamast på eit internasjonalt nivå, etter internasjonale reglar.

Den andre situasjonen er der det ligg føre ein BIT med ein såkalla ”dispute settlement clause”, altså då ein klausul som seier at alle konflikhtar kan bli løyste gjennom internasjonal skiltsdom. Men ifølgje Reinisch har ikkje skiltsdomsstolane alltid godteke slike klausular som å skulle gjelde og for alle kontraktbaserte konflikhtar, og har difor til tider hevda å mangle domsmynde.

Den tredje situasjonen der ein internasjonal skiltsdomsstol er kompetent til å høyre krav som følgje av kontraktbasert avtale, er i følgje Schreuer der det ligg føre ein BIT mellom vertslandet og landet investoren kjem frå, som inneheld ein såkalla ”umbrella-clause”. Schreuer hevdar at dette vil då gjere at brot på kontrakt automatisk blir brot på traktaten. Reinisch peikar på at mange støtter dette synet, men at praksis viser at ulike internasjonale skiltsdomsstolar har gått kvar sin vei i dette spørsmålet.³

I denne oppgåva vil eg ikkje handsame situasjon ein og to, men avgrense meg til berre å sjå på den tredje situasjonen.

Det sentrale i denne oppgåva vil altså vere ein klausul vi ofte kan finne i BIT, den såkalla ”umbrella clause” – som fremjar det generelle prinsippet om pacta sunt servanda, altså at avtalar skal haldast – i mi oppgåve referert til som umbrella-klausul. Slike klausular pålegg statar, som er med i investeringstraktaten, å sjå til at alle investeringsforpliktingar som er inngått med investorar frå andre land med i same traktat, blir haldne. Med andre ord investor-stat-forpliktingar. Slike klausular blir altså lagt inn i bilaterale investeringstraktatar for å gi betre vern for investorar og er retta mot å dekke investeringsavtalar som mange land ofte inngår med utanlandske investorar.⁴ Eit døme på ein slik umbrella-klausul finn vi i art. 2 (2) i ”U.K. model BIT (1999)”: ”Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party.”

³ Prof. Dr. August Reinisch s. 11-12.

⁴ Katia Yannaca-Small s. 3.

Mange forhandlarar og kommentatorar av umbrella-klausulen, har forstått den som å dekkje internasjonale forpliktingar oppstått mellom ein utanlandsk investor og ein stat, men med eit hovudfokus på kontraktbaserte forpliktingar akseptert av vertslandet med omsyn til utanlandsk eigedom eller kapital.⁵ Investorar har argumentert for i ICSID-saker at ein umbrella-klausul er ein stat sin godtaking av å la konflikhtar om kontraktforpliktingar bli avgjorde av traktatbaserte skilsdomsdomstolar.⁶

I denne oppgåva vil eg ta utgangspunkt i bilaterale investeringsavtalar som inneheld umbrella-klausul, og sjå på korleis desse har blitt tolka, då føresetnadsvis av ICSID, og slik sett prøve å teikne opp ei skisse over rettstilstanden for denne klausulen per dags dato, og peike på – etter mitt syn – sentrale problemstillingar.

2 Kort historikk⁷

Ein umbrella-klausul er altså ein klausul som blir tatt inn i mange investeringstraktatar mellom statar, og som – i alle fall tilsynelatande – forpliktar statane å halde alle investeringsforpliktingar som den har gjort med investorar frå det andre medlemslandet.

Umbrella-klausulen har vore kjend sidan 1950-talet, og den kom fram som resultat av auka internasjonal investering etter 2. verdskrig, og dermed trongen til vern for investorar på den internasjonale marknaden. Klausulen har blitt spora tilbake til ein avtale i 1954 som omhandla selskapet ”the Anglo-Iranian Oil Company” (AIOC) sine krav innanfor Irans oljenasionaliseringsprogram. I 1951 blei AIOC sine interesser under ein oljekontrakt med Iran ekspropriert som følge av at eit nytt statsstyre vedtok ei lov om nasjonalisering av Irans oljeproduksjon, noko som overførte all kontroll over olja til staten. Dette førte til ein lengre konflikt mellom AIOC og Iran, som først blei løyst etter at eit nytt statsstyre, som var meir venleg innstilt til utanlandske interesser, kom til makta. Det vart då

⁵ Katia Yannaca-Small s. 7.

⁶ Michael D. Nolan og Edward G. Baldwin s. 4.

⁷ Jarrod Wong s. 8-15 – punktet er i stor grad bygd på hans framstilling.

mellom anna lagt fram eit forslag til ein "umbrella-traktat" mellom Iran og Storbritannia som tilsa at alle eventuelle brot på oljekontraktar mellom landa skulle bli heva til eit internasjonalt nivå, og bli fremma for internasjonal domstol, nærare bestemt "International Court of Justice" (ICJ). Denne "umbrella-traktaten" enda ikkje opp med å bli ratifisert.

Men umbrella-klausulen dukka opp igjen nokre få år etter i 1959 i den såkalla "Abs-Shawcross Draft Convention of Investments Abroad" ("Abs-Shawcross Draft"). Denne var eit forsøk på å sette opp reglar for vern om utanlandske investeringar, og inneheldt mellom anna ein umbrella-klausul som sa at "Each party shall at all times ensure the observance of any undertakings which it may have given in relation to investments made by nationals of any other party". Like etter same år dukka umbrella-klausulen opp i ein bilateral investeringsavtale mellom Tyskland og Pakistan.

"Abs-Shawcross Draft" påverka mellom anna den såkalla "1967 OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property", som inneheldt denne umbrella-klausulen: "Each party shall at all times ensure the observance of undertakings given by it in relation to property of nationals of any other party." Klausulen blei sagt å vere ei vidareføring av det generelle prinsippet *pacta sunt servanda*. OECD-forslaget blei ikkje vedteke, men rådsforsamlinga i OECD vedtok i 1967 å anbefale alle medlemsstatane å bruke forslaget som modell for deira eigne bilaterale investeringstraktatar.

Då hadde umbrella-klausular allereie funne vegen til BIT. Mykje på grunn av OECD-forslaget, har "umbrella"-klausular no blitt vanleg å finne i BIT. Det er blitt estimert at av dei 2500 BIT som no eksisterer inneheld om lag 40 prosent ein umbrella-klausul.⁸

3 Metode

Denne oppgåva er innanfor eit folkerettsleg tema. Problemstillingar rundt umbrella-klausulen må og kunne seiast å bevege seg inn i til dels forvaltningsretten og kontraktretten, men eg har her altså valt å fokusere på det folkerettslege.

⁸ Katia Yannaca-Small s. 5.

Ved utvalet innanfor BIT og standardavtalar, har eg i all hovudsak gått ut frå det utvalet som har blitt stilt opp av Katia Yannaca-Small i hennar avhandling "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements". Dette har eg valt å gjere av di eg vurderer det som eit godt utval ut frå den store mengda som no ligg føre av BITer med umbrella-klausular, jfr. ovanfor kap. 2 siste avsnitt.

Når det gjeld utvalet av rettspraksis, så har eg lese alt eg har kome over av ICSID-dommar som har omhandla ein BIT med umbrella-klausul, men eg har valt å referere til dei dommane som ser ut til å ha fått mest omtale i ettertid i den rettsvitskaplege debatten rundt umbrella-klausulen.

I punkt 5 vil eg gå djupare inn i ein del metodiske spørsmål.

4 Rettspraksis og problemstillingar

Sjølv om umbrella-klausulen altså går heilt tilbake til 1950-talet, gjennomgjekk den ikkje ein grundig analyse før to saker i 2003-2004 enda i svært ulike konklusjonar om og i kva grad slike klausular kunne forme grunnlaget for traktatkrav basert på kontraktbrot. I begge sakene finn vi selskapet Société Générale de Surveillance S.A. (SGS), som er eit selskap registrert i Sveits, og begge sakene gjekk for ICSID.

Den første saka var SGS v. Pakistan. Det låg då føre ein BIT mellom Sveits og Pakistan som inneheldt denne umbrella-klausulen i art. 11: "Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investment of the investors of the other Contracting Party." SGS tok saka opp for ein ICSID-domstol, og la fram både traktatbaserte og kontraktbaserte krav. SGS hevda at Pakistan hadde gjort eit brot på ein investeringskontrakt mellom SGS og Pakistan, og at umbrella-klausulen då gjorde at både brot på kontrakten mellom SGS og Pakistan og brot på traktaten mellom Sveits og Pakistan, skulle bli å rekne som traktatbrot slik at SGS hadde krav på å få saken i sin heilskap opp for ein ICSID-domstol. Domstolen avslo dette kravet, og meinte at umbrella-klausulen kunne ikkje ha den vidtrekkande effekten at brot på kontrakt mellom ein stat og investor blir "automtically 'elevated' to the level of breaches of

international treaty law”⁹. Domstolen viste vidare til det tradisjonelle kravet om at traktatbasert skiltsdom berre kan kome inn som resultat av saker der ein stat har handla i eigenskap av sin statsmakt, og ikkje som resultat av den kommersielle aktiviteten til ein stat som i denne situasjonen. Kontraktbaserte – i motsetning til traktatbaserte – krav, kunne ifølge domstolen berre kome inn under umbrella-klausulen ”under exceptional circumstances”¹⁰. Domstolen viste altså til prinsippet om at “a violation of a contract entered into by a State with an investor of another State, is not, by itself, a violation of international law”¹¹. ICSID-domstolen hevda difor at den berre hadde domsmynde innanfor dei traktatbaserte krava, slik at dei kontraktbaserte krava måtte avgjerast for ein skiltsdomstol innanfor det pakistanske rettssystemet.¹² Domstolen viste mellom anna til at ei slik tolking måtte vere i tråd med prinsippet *in dubio pars mitior est sequenda*¹³ – noko som laust oversett tyder at ein ved tvil bør velje den mildare retninga.

Den neste saka som kom opp berre nokre månader etter, var SGS v. Phillipines. Også i denne gjaldt det både traktatbaserte og kontraktbaserte krav. Mellom Sveits og Filipinane låg det føre ein BIT med denne umbrella-klausulen i art. X(2): ”Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party.” ICSID-domstolen som fekk opp denne saka, kom til eit anna resultat enn domstolen i SGS v. Pakistan. Den meinte at umbrella-klausulen hadde nettopp den effekten som den førre skiltsdomstolen hevda den ikkje hadde, nemlig den at den heva brot på kontrakt opp til å bli brot på traktat, på internasjonal rett. Den hevda vidare om argumentasjonen for resultatet i den førre saka at ”not only are the reasons given by the Tribunal in SGS v. Pakistan unconvincing: the Tribunal failed to give any clear meaning to the ‘umbrella clause’”¹⁴. Med andre ord meinte denne skiltsdomstolen at umbrella-klausulen måtte

⁹ SGS v. Pakistan para. 166.

¹⁰ SGS v. Pakistan para. 172.

¹¹ SGS v. Pakistan para. 167.

¹² SGS v. Pakistan para. 190 (a) og (b).

¹³ SGS v. Pakistan para. 171.

¹⁴ SGS v. Phillipines para. 125.

takast på ordet, og at om den skulle ha noko meining måtte det bety at den ga ICSID-domstolen domsmynde til handsaming av saka i si heilskap; ”But Article 11, if it has any effect at all, confers jurisdiction on an international tribunal, and needs to do so with adequate certainty.”¹⁵ Domstolen avviste likevel saka, men då med grunnlag i at investeringskontrakten mellom SGS og Filipinane hadde ein klausul om kva instans konflikhtar skal handsamast innanfor og då meinte domstolen at dette måtte gå framom: ”The present Tribunal agrees with the concern that the general provisions of BITs should not, unless clearly expressed to do so, override specific and exclusive dispute settlement arrangements made in the investment contract itself.”¹⁶

Problemstillingane eg vil drøfte i denne avhandlinga vil i stor grad vere henta ut frå drøftingane i desse to rettssakene. I punkt 5 vil eg drøfte om umbrella-klausulen er ”soft law” eller ”hard law” og under dette vil eg då i punkt 5.2 sjå på tydinga av ulike ordlyd i umbrella-klausular, i 5.3 vil eg sjå på plassering av umbrella-klausulen i BITen, og i 5.4 og 5.5 vil eg sjå på kva tyding formålet med traktaten og intensjonane til partane vil kunne ha for tolkinga av umbrella-klausulen. I punkt 6 vil eg sjå på materielle sider ved umbrella-klausulen – dette vil vere den delen med hovudvekt i oppgåva, og eg vil her sjå på rettsfakta i punkt 6.1; kva slags avtalar blir omfamna av klausulen (6.1.1)?; kva ligg i uttrykket ”territory” brukt i umbrellaklausular (6.1.2)?; kva skal til for atplikten er brote (6.1.3)?;. I punkt 6.2 vil eg kort sjå på rettsfølgjer ved at umbrella-klausulen hever kontraktbrot opp på eit traktatnivå; tilordning av ansvar (6.2.1); plikt til erstatning (6.2.2); plikt til å gjenopprette (6.2.3). I punkt 7 vil eg kort sjå på prosessuelle sider av umbrella-klausulen.

¹⁵ SGS v. Philipines para. 125.

¹⁶ SGS v. Philipines para. 134.

5 Umbrella-klausulen – ”soft law” eller ”hard law”?

5.1 Innleiing og problemstilling

Eit spørsmål til vurdering er om umbrella-klausulen set opp rettar og plikter, altså om den skal oppfattast som rettsleg bindande, eller om den skal reknast for å vere rettsleg ikkje-bindande, og då altså meir for å vere til dømes ei formålserklæring eller tolkingsrettleiing. Spørsmålet her er altså – for å bruke internasjonale uttrykk – om umbrella-klausulen skal reknast som ”soft law” eller ”hard law”.

Wienkonvensjonen om traktatretten 23. mai 1969 artikkel 31 (1) seier at ein traktat skal bli tolka ”in good faith” i samsvar med ”the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”. Ein samanliknande analyse av umbrella-klausular viser nokre felles trekk, men og ein viss ulikskap i ordlyden som blir brukt, noko som leier til spørsmål om rekkjevidde og effekt for kvar enkelt klausul. Rettspraksis innanfor internasjonal skilddom, krev at kvar klausul blir tolka for seg sjølv. Slik sett må den nøyaktige ordlyden i kvar klausul avgjere rekkjevidda og effekten av den. I tillegg må ordlyden tolkast i lys av plasseringa av klausulen i traktaten.¹⁷

Om ein ser på dei to sakene som er referert til ovanfor, så ser ein at desse spørsmåla blei drøfta der, og domstolane har kome til ulike resultat. Etter desse to sakene har det kome opp fleire saker med umbrella-klausul. Desse sakene viser at domstolane enno er delt i synet på verknaden av ein umbrella-klausul – nokre saker støtter opp om resultatet i *SGS v. Pakistan*, medan noko fleire har enda opp i meir eller mindre same konklusjon som i *SGS v. Philipines*. Spørsmåla her blir dermed om dei ulike resultata kan kome av variasjonen mellom umbrella-klausulane med tanke på språkbruk og plassering.

Slik eg ser det må ein ta inn tre hovudmoment i tillegg til ordlyden (5.2) ved vurderinga av om ein umbrella-klausul er rettsleg bindande eller ikkje-bindande:

1. Konteksten – altså plasseringa av umbrella-klausulen i traktaten (5.3).
2. Formålet med traktaten (5.4).
3. Intensjonane til partane (5.5).

¹⁷ Katia Yannaca-Small s. 9.

5.2 Ordlyden i umbrella-klausulen

Dette blir i stor grad eit spørsmål om umbrella-klausulen skal takast på ordet og gjevast ei så vidtrekkande kraft som ordlyden tilseier, eller om der er moment ved ordlyden som gjer at den burde tolkast restriktivt.

Om ein ser på forskjellen i språket i umbrella-klausulane i høvesvis *SGS v. Pakistan* og *SGS v. Philipines*, så kan ein seie at den største forskjellen ligg i at den første seier at kvar kontraktpart ”shall constantly guarantee the observance of the commitments” medan den andre seier at dei ”shall observe any obligation”. ”Shall observe” er utan tvil rett på sak – det er ikkje noko problem å forstå eller tolke dette. Formuleringa berer preg av å vere klart rettsleg bindande. Kva som derimot ligg i ”shall constantly guarantee”, er meir uvisst. Denne uttrykksmåten er meir uklar, og gir større rom for unnvikande tolkingar med tanke på kva som faktisk er avtalt. At dette er tilfellet meinte og domstolen i *SGS v. Philipines*: ”Apart from the phrase “shall constantly guarantee” (what could an inconstant guarantee amount to?), the phrase “the commitments it has entered into with respect to the investments” is likewise less clear and categorical than the phrase “any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory” in Article X(2) of the Swiss-Philippines BIT.”¹⁸

Her ser vi altså at umbrella-klausulen mellom Sveits og Filippinane har eit klart og tydeleg språk og går rett på sak og såleis må kunne seiast å bere preg av å vere rettsleg bindande, medan klausulen mellom Sveits og Pakistan er meir tvitydig og kan gi rom for ulike tolkingar.

Dette leier ein så over til spørsmålet om kvifor statane vel å formulere seg diffus når det er klart at dei til ein kvar tid kunne ha valt den klare formuleringa. Etter mitt syn må dette kunne tyde på at avtalestatane ikkje var heilt klare for å forplikte seg til fulle etter den vide forståinga umbrella-klausulen av mange er tillagt.

Språket i umbrella-klausulane kan slik sett forklare variasjonen av vurderingar av ulike domstolar. Nokre BIT er til dømes meir spesifikke med omsyn til rekkjevidde ved å identifisere nøyaktig kva slags krav som blir omfamna av klausulen. Ein annan variasjon

¹⁸ *SGS v. Philipines* para. 119.

mellom ulike BIT er i kva grad objektet for krava er spesifisert. Eit døme på ei veldig brei formulering av ein umbrella-klausul kan vi finne i artikkel 2 (2) (c) i US-Argentina BIT 1991, som seier: "Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments" (mi understreking). Til skilnad kan ein sjå på artikkel 9 i Austrian Model BIT, som seier: "Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to specific investments by investors of the other Contracting Party" (mi understreking).¹⁹

Det som no vurderast er dei ulike formuleringane av kva krav umbrella-klausulen omfamnar. Formuleringane av dette kan som nettopp vist variere ein god del mellom dei ulike umbrella-klausulane, noko som og skiltdomsdomstolen i Filipinane-saka i det ovanfor refererte sitatet viser til. Reinisch peikar på denne problemstillinga: "While some speak of "any obligation" others refer to "specific commitments"; while in some cases these obligations may concern "investments" in general, other clauses speak of "specific investments". Do these differing wordings have any practical effects? If so, what are these effects?"²⁰

Eit spørsmål då, som Reinisch påpeikar, er kva tyding ulike formuleringar av krava som blir omfamna får for effekten av umbrella-klausulen. Når det som framom vist, varierer også her mellom klare formuleringar av kva krav som blir omfamna, og uklare og diffuse formuleringar, blir spørsmålet om ikkje dette kan ha noko å seie for tolkinga av umbrella-klausulen. Slik eg ser det må det vere mogleg å seie at formuleringa av kravet slår tilbake på tolkinga av "shall", jfr. ovanfor. Med dette meiner eg at sjølv om ein umbrella-klausul er klart formulert med omsyn til at statane skal overhalde noko, så blir dette motvirka av at spørsmålet om kva krav som skal haldast er uklart formulert. Etter mitt syn vil det igjen kunne tyde på at statane ikkje har vore heilt villige til å forplikte seg til fulle etter den vide forståinga av ein umbrella-klausul.

Forskjellen i ordlyd kan altså vere med på å forklare at domstolane i dei to SGS-sakene på om lag same tid kom til to svært ulike konklusjonar. Men mot dette kan ein vise til at domstolen i SGS v. Philipines vurderte resultatet i SGS v. Pakistan, og sjølv om den

¹⁹ Katia Yannaca-Small s. 11-12.

²⁰ Prof. Dr. August Reinisch s. 33.

slo fast at ordlyden i klausulane ikkje var den same, meinte den likevel at resultatet i den første saka ikkje var overtydande, og meinte at resultatet ikkje ga umbrellaklausulen noko klar tyding. Med andre ord såg den det slik at ei slik snever tolking ikkje ga umbrellaklausulen noko klar rettsleg status.²¹

Eit argument skiltdomsdomstolen tok opp i Pakistan-saka var at om ein tolka umbrellaklausulen så vidt som ordlyden tilseier så vil dette føre til at dei andre artiklane om standard for handsaming blir ”substantially superfluous”²², i så måte at ”there would be no real need to demonstrate a violation of those substantive treaty standards if a simple breach of contract...by itself, would suffice to constitute a treaty violation...”²³. Men mot dette argumentet vil eg heller seie meg einig med Schreuer som i ein kommentar til dette uttrykker at det var ”not clear why the acceptance of the umbrella clause as covering breaches of contract would have made the BIT’s substantive provisions superfluous. The BIT’s substantive provisions deal with non-discrimination, fair and equitable treatment, national treatment, MFN treatment, free transfer of payments and protection from expropriation. These issues are not normally covered in contracts. Therefore, extending the BIT’s protection to investment contracts would not make the substance of a BIT superfluous”²⁴.

5.3 Plassering av umbrellaklausulen i traktaten

Domstolen i SGS v. Pakistan ga umbrellaklausulen ein verknad som tilsa at den var meir å rekne som ”soft law”, medan domstolen i SGS v. Philipines ga umbrellaklausulen den hadde til vurdering verknad som ”hard law” – den ga den klar rettsleg bindande kraft.

Ein BIT er gjerne satt opp med tre hovuddelar: 1. formålsorienterte artiklar²⁵, 2. substansartiklar – altså artiklar som stiller opp rettar og plikter, og 3. avsluttande artiklar. Katia Yannaca-Small har i arbeidet sitt med avhandlinga ”Interpretation of the Umbrella

²¹ SGS v. Philipines para. 125.

²² SGS v. Pakistan para. 168.

²³ SGS v. Pakistan para. 168.

²⁴ Christoph Schreuer s. 253.

²⁵ Stort sett har ikkje BITer formålsføresegner, men dei har ofte det som blir kalla for ”general commitments” som har eit formålsorientert preg.

Clause in Investment Agreements” gått gjennom BIT-praksisen i ulike land med omsyn til plasseringa av umbrella-klausulen. Ho peiker her på at nederlandsk ” Model BIT” plasserer umbrella-klausulen saman med substansparagrafane. Dette gjelder og ein rekkje andre BIT, inklusive dei inngått av Storbritannia, New Zealand, Japan, Sverige og USA. I motsetning til dette så plasserer den sveitsiske ”Model BIT” umbrella-klausulen i ei bestemming med tittelen ”other commitments” og avskil den frå substansartiklane med to konfliktløysingsklausular og ein ”subrogation clause”. Denne forma finn ein og i dei finske og greske ”Model BIT” og BIT inngått av Mexico. Ein tredje variant Katia Yannaca-Small har funne, er ein variant der umbrella-klausulen er plassert i ein eigen del etter substansartiklane men før konfliktløysingsklausulane. Denne strukturen kan ein finne i tyske Model BIT.²⁶

Om vi ser på dei to ulike BITane til vurdering i SGS-sakene, så ser vi at umbrella-klausulen til vurdering i Pakistan-saka var plassert saman med dei avsluttande artiklane, medan umbrella-klausulen som var oppe i Filipinane-saka var plassert saman med substansartiklane. Slik sett ville det vere naturleg å spørje om denne ulike plasseringa var medviten av partane til dei to ulike BITane. Det er lettare å tolke ein klausul som klart rettsleg bindande når denne er plassert mellom substansartiklane, enn når den er plassert saman med formålsorienterte artiklar eller avsluttande eller avrundande artiklar, som gjerne er meir tolkingsretteiande.

Skilsdomsdomstolen i Pakistan-saka viste mellom anna til plasseringa av umbrella-klausulen i traktaten som grunngjeving for å tolke den innskrenkande: ”...had Switzerland and Pakistan intended Article 11 to embody a substantive ’first order’ standard obligation, they would logically have placed Article 11 among the substantive ’first order’ obligations set out in Articles 3 to 7.”²⁷ Domstolen i Filipinane-saka meinte derimot at sjølv om plasseringa av klausulen kunne vere ”entitled to some weight”²⁸, så kunne ikkje dette vere avgjerande for vurderinga av klausulen, av di den såg det som særleg ”difficult to accept

²⁶ Katia Yannaca-Small s. 10.

²⁷ SGS v. Pakistan para. 170.

²⁸ SGS v. Philipines para. 124.

that the same language in other Philipines BITs is legally operative, but that it is legally inoperative in the Swiss-Philipines BIT because of its location”²⁹.

Skilsdomsdomstolen i Eureko v. Poland drøfta og kort spørsmålet om tydinga av plasseringa av umbrella-klausulen i traktaten: ”Insofar as the placement of the umbrella clause in the BIT – among the substantive obligations or with the final clauses – is of any significance (in this Tribunal’s view, little), it should be noted that Article 3.5 of the BIT between the Netherlands and Poland places its umbrella clause amidst the rendering of the Parties’ substantive obligations.”³⁰

Det ser ut til at praksis går i retning av å i alle fall ikkje legge avgjerande vekt på plasseringa av umbrella-klausulen. Men ein kan ikkje gå bort frå at det vil kunne trekkjast inn som eit moment i vurderinga, og slik sett at det i samband med andre moment kan gjennom ein kumulativ effekt føre til at klausulen blir å rekne som ”soft law”. Det rette blir altså å trekkje dette inn som eit moment i vurderinga, men ikkje tillegge det avgjerande vekt.

5.4 Formål med traktaten

Innleiingsvis vil eg hevde at eit hovudformål med ein BIT er å gi auka stimulans og vern for investeringar mellom avtalelanda. Ein BIT er altså ein overeinskomst mellom to land med formål om å skape ein gjensidig stimulering, forfremming og vern av investeringar i kvarandre sine territorium av investorar frå kvart av landa. Dette finn ein mellom anna støtte for av skilsdomsdomstolen i Eureko v. Poland: ”The context of Article 3.5 [umbrella-klausulen] is a Treaty whose object and purpose is ’the encouragement and reciprocal protection of investment’”.³¹

Om ein ser på enkeltlanda som inngår BIT, så er det vel gjerne slik at eit eksportland inngår BIT med det formål å gi auka rettsleg vern for sine investorar, medan eit importland inngår BIT for å tiltrekkje utanlandske investorar.

²⁹ SGS v. Philipines para. 124.

³⁰ Eureko v. Poland para. 259.

³¹ Eureko v. Poland para. 248.

Problemet ved tolkinga av ein BIT dukkar opp når det først har oppstått ein konflikt, og ein så må prøve å finne formålet til traktatlanda med omsyn til enkeltreglane i BITen. Historisk sett går straumen av investeringskapital frå industriland til utviklingsland. Som eit resultat av dette er ein stor del av BITane inngått mellom i-land på den eine sida og u-land på den andre. Av same grunn, vil det ofte vere tilfellet at investoren kjem frå eit i-land, medan vertsstaten for investeringsavtalen, er eit u-land. Dermed blir det gjerne slik at sjølv om ein BIT set opp gjensidige krav for begge avtalelanda, blir effekten asymmetrisk. Resultatet blir at u-land vil tolke snevert alle BIT-avgjersler som skjenkar rettar til investoren og ilegg vertsstaten plikter, medan i-land vil tolke dei same avgjerslene utvidande. Slik sett blir det gjerne ved tolkinga av formålet til ein BIT, og under denne umbrella-klausulen, to frontar med i-land på den eine sida og u-land på den andre.³²

Uavhengig av dette vil det nok vere naturleg at ein investor – uavhengig av om heimlandet er eit i-land eller u-land – vil hevde at formålet med BITen er den utvidande tolkinga, medan vertslendet – også her uavhengig av om det er i-land eller u-land – vil halde seg til den snevre tolkinga. Her kan det då vere greitt å presisere at det berre er statar som inngår BIT. Med andre ord er det som må drøftast ikkje kva investor meinte å tillegge BITen med tanke på formål, men berre avtalelanda.

Her vil eg likevel påstå at det overordna formålet med ein BIT er den eg har gitt uttrykk for i første avsnitt i denne delen, nemlig å fremje og stimulere investeringar i avtalelanda. I Wien-konvensjonen art. 31 (1) står det at ein traktat skal tolkast ”in the light of its object and purpose”. Slik sett er det etter mitt syn mest nærliggande å tolke umbrella-klausulen som rettsleg bindande, sidan dette vil gi auka vern for investorar, noko som igjen vil stimulere til auka investering i tråd med formålet til BITen. Denne tolkinga vil då altså og støtte opp om det generelle prinsippet om at ein skal tolke reglane slik at dei i størst mogleg grad blir effektive i tråd med formålet. Dette ga og skiltdomsdomstolen i Eureka v. Poland uttrykk for: ”It is a cardinal rule of the interpretation of treaties that each and every operative clause of a treaty is to be interpreted as meaningful rather than meaningless. It is equally well established in the jurisprudence of international law [...] that treaties, and

³² Jarrod Wong s. 4.

hence their clauses, are to be interpreted so as to render them effective rather than ineffective.”³³

5.5 Intensjonar

Dette punktet må kunne seiast å i stor grad ha flytande grenser til punktet ovanfor om formål. Eg har likevel valt å skilje det ut i eit eige punkt, sidan tanken min her er å sjå litt meir på dei subjektive intensjonane til avtalelanda, medan eg i punktet framom såg på generelle betraktningar av kva som normalt sett er dei overordna formåla med BIT i internasjonal rett.

Det er ein vanleg tanke i avtaletolking at ein i den grad det er mogleg skal forsøke å tolke ein avtale i tråd med intensjonane til partane i avtalen. Dette kan det vere vanskeleg å gjennomføre når ein konflikt først har oppstått. Om ein til dømes ser på SGS v. Pakistan, så hevda Pakistan at det aldri var intensjonen å gi umbrella-klausulen ein så vidtrekkande effekt som SGS fremja krav om. I Eureko v. Poland trekkjer domstolen fram eit brev som regjeringa i Sveits skal ha skrive som kommentar til resultatet i Pakistan-saka der umbrella-klausulen altså blei tolka svært snevert, og det blei i dette brevet uttrykt at den sveitsiske regjeringa var ”alarmed about the very narrow interpretation given...which not only runs counter to the intention of Switzerland when concluding the Treaty but is quite evidently neither supported by the meaning of similar articles in BITs concluded by other countries nor by academic comments on such provisions”³⁴. Eit viktig punkt her, er etter mitt syn det som blir nemnd om ”academic comments”. Pakistan-saka var den første rettssaka der umbrella-klausulen blei drøfta. Før dette var det altså berre i ulike rettsvitskaplege forum, at umbrella-klausulen hadde vore gjenstand for tolking. Og som den sveitsiske regjeringa her peika på – noko som eg ut frå det kjeldematerialet eg har gjennomgått må seie meg samd i – var det i stor grad semje om at umbrella-klausulen måtte tolkast som å ha rettsleg bindande effekt. Her kan eg mellom anna vise til eit sitat av Schreuer, som blei gitt like i etterkant av SGS-sakene, men der han gir uttrykk for det han meinte var den vanlege oppfatning på den tida: ”umbrella clauses have been added to some BITs to provide

³³ Eureko v. Poland para. 248.

³⁴ Eureko v. Poland para. 254.

additional protection to investors beyond the traditional standards. They are often referred to as "umbrella clauses" because they put contractual commitments under the BIT's protective umbrella. They add the compliance with investment contracts, or other undertakings of the host State, to the BIT's substantive standards. In this way, a violation of such a contract becomes a violation of the BIT."³⁵ Eit eldre sitat gitt av F.A. Mann gir like klart uttrykk for det same: "this is a provision of particular importance in that it protects the investor against any interference with his contractual rights, whether it results from a mere breach of contract or a legislative or administrative act, and independently of the question whether or no such interference amounts to expropriation. The variation of the terms of a contract or license by legislative measures, the termination of the contract or the failure to perform any of its terms, for instance, by non-payment, the dissolution of the local company with which the investor may have contracted and the transfer of its assets (with or without the liabilities) – these and similar acts the treaties render wrongful"³⁶. Med dette i tanke, kan eg vanskeleg sjå at intensjonen til partane var at umbrella-klausulen berre skulle vere "soft law".

Ein svært viktig traktat er den såkalla Energy Charter Treaty (ECT). ECT er ikkje ein BIT men ein såkalla multilateral traktat. Denne inneheld likevel ein umbrella-klausul i art. 10 (1) siste setning: "Each Contracting Party shall observe any obligation it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party." Som vedlegg til ECT er der eit sekretariatdokument, som må kunne seiast å vere etterarbeid av forfatarane bak traktaten og slik sett kan den tolkast som å gi uttrykk for intensjonen bak dei ulike reglane. Dette sekretariatdokumentet inneheld ein kommentar til umbrella-klausulen i ECT og den definerer rekkjevidda av denne på følgjande måte: "Article 10(1) has the important effect that a breach of an individual investment contract by the host state country becomes a violation of the ECT. As a result, a foreign investor and its home country may invoke the dispute settlement mechanism of the Treaty." Her ser det altså ut til at intensjonen for denne umbrella-klausulen var at den skulle vere rettsleg bindande – altså "hard law". I Annex IA i ECT er der lagt inn eit unntak frå akkurat denne siste setninga i

³⁵ Christoph Schreuer

³⁶ F.A. Mann s. 246.

art. 10 (1); land som ikkje er villige til å forplikte seg slik kan velje å stryke denne frå avtalen. Noreg er eit av fire land som har valt å gjere dette.³⁷

Når det slik sett var vanleg å sjå på umbrella-klausulen som rettsleg bindande, og når ordlyden reint faktisk gir inntrykk av at det er slik det skal vere, så vil eg meine at det må kunne seiast at det er det avtalelandet som ikkje er einig i dette som i alle fall må få bevisbyrden for dette. Det er jo klart at avtalelanda til ein kvar tid kunne ha latt vere å ta med ein umbrella-klausul, noko til dømes USA ser ut til å ha gjort i nyare BIT-praksis.³⁸ Slik sett vil eg altså meine at det ut frå intensjonane til partane altså blir det landet som påstår seg fritatt for umbrella-klausulen sin rettsleg bindande effekt, som i alle fall må få bevisbyrden for at det skal vere slik. At dette var intensjonen då avtalen blei inngått. Her kan ein jo då igjen trekkje inn som eit moment i vurderinga kva som kan vere grunnen til at nokre umbrella-klausular er så diffust formulert, jfr. drøftinga av dette under punkt 5.2.

5.6 Konklusjon og den vidare framstillinga

Rettspraksisen innanfor internasjonale skilsdomsdomstolar viser at der enno er usemje om den rettslege statusen til umbrella-klausulen. Noko av dette kan nok kome av ulikskapar mellom domstolane, men som eg har vore innpå ovanfor, vil det nok og kunne kome av til dels ulik ordlyd og plassering av umbrella-klausulane. Ei gjennomgåing av språket til klausulen i eit representativt utval av traktatar kan, ifølgje Katia Yannaca-Small, til dømes tyde på at – sjølv om der er noko ulikskapar – den alminnelege tydinga av ”shall observe” ”any commitments/obligations” peikar mot ei vid tolking som omfamnar alle avtalar og plikter som blir inngått av kontraktstatane, inkludert alminnelege kontraktar, om ikkje anna er presisert. Ei anna formulering som ”shall guarantee the observance” vil kunne leie til ei smalare tolking.³⁹

Domstolane i dei to SGS-sakene var altså usamde med omsyn til tydinga av umbrella-klausulen. Domstolen i SGS v. Pakistan kom til den konklusjonen at umbrella-klausulen berre kunne vere “an implied affirmative commitment to enact implementing

³⁷ Katia Yannaca-Small s. 5.

³⁸ US Model BIT 2004.

³⁹ Katia Yannaca-Small s. 22.

rules and regulations necessary or appropriate to give effect to a contractual or statutory undertaking in favor of investors of another Contracting Party that would otherwise be a dead letter”.⁴⁰ Domstolen i SGS v. Philipines meinte på sin side at ”not only are the reasons given by the Tribunal in SGS v. Pakistan unconvincing: the Tribunal failed to give any clear meaning to the ‘umbrella clause’”⁴¹ – ”article X(2) means what it says”⁴².

Det som i alle fall er klart, er at nokre domstolar har gitt umbrella-klausular dei har hatt oppe til vurdering ein klar rettsleg bindande kraft, altså tolka dei som å vere såkalla ”hard law”. I den vidare framstillinga vil eg ta utgangspunkt i umbrella-klausular som har blitt gitt slik effekt, og vurdere dei prosessuelle og materielle sidene av desse.

6 Materielle sider ved umbrella-klausulen

6.1 Rettsfakta

6.1.1 Kva slags avtalar blir omfamna av klausulen?

Umbrella-klausulane seier at medlemsstatane skal overhalde ”commitments”, ”obligations”, ”written undertaking”, ”any other obligation”, og liknande. Spørsmålet er så kva som går inn under desse formuleringane.

I saka Eureko v. Poland i 2005 inneheldt umbrella-klausulen som låg føre formuleringa ”any obligation”, og skiltsdomstolen sa om denne: ”’Any’ obligations is capacious; it means not only obligations of a certain type, but ‘any’ – that is to say, all – obligations entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party.”⁴³

⁴⁰ SGS v. Pakistan para. 172.

⁴¹ SGS v. Philipines para. 125.

⁴² SGS v. Philipines para. 119.

⁴³ Eureko v. Poland para. 246.

Medan nokre umbrella-klausular viser til avtalar eller engasjement "entered into" av ein stat, viser andre til avtalar "assumed" av ein stat. Slike variasjonar reiser spørsmålet om avtalen som det blir vist til berre er kontraktbaserte avtalar mellom staten og investoren eller om det og kan utvidast til einsidige avtalar eller pliktar inngått eller påtatt av staten gjennom løfter, legislative prosessar eller administrative skritt. Det har blitt fremma at formuleringa "obligations entered into" kan tolkast som å avgrense avtalane under handsaming til dei som er inngått vis-à-vis den andre kontraktparten. På den andre sida tolka skilsdomsdomstolen i *SGS v. Pakistan* ordlyden i formuleringa "commitments entered into" som vid nok til å inkludere einsidige avtalar og løfter, inkludert handlingar på kommunalt og administrativt nivå.⁴⁴

Skilsdomsdomstolen i *SGS v. Philippines* drøfta dette i forhold til umbrella-klausulen den hadde til vurdering: "each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party"⁴⁵. I forhold til spørsmålet om kva denne formuleringa kunne innebere med omsyn til type forpliktingar kom skilsdomsdomstolen med denne drøftinga: "it will often be the case that a host State assumes obligations with regard to specific investments at the time of the entry, including investments entered into on the basis of contracts with separate entities. Whether collateral guarantees, warranties or letters of comfort given by a host State to induce the entry of foreign investments are binding or not, i.e. whether they constitute genuine obligations or mere advertisements, will be a matter for determination under the applicable law, normally the law of the host State. But if commitments made by the State towards specific investments do involve binding obligations or commitments under the applicable law, it seems entirely consistent with the object and purpose of the BIT to hold that they are incorporated and brought within the framework of the BIT by Article X(2)."⁴⁶ Med andre ord ga domstolen her uttrykk for at umbrella-klausulen ikkje kan inkludere generelle forpliktingar: "It is true that Article X(2) of the Swiss-Philippines BIT likewise is not limited to contractual obligations. But it is limited to 'obligations...

⁴⁴ Katia Yannaca-Small s. 10-11.

⁴⁵ *SGS v. Philippines* para. 115.

⁴⁶ *SGS v. Philippines* para. 117.

assumed with regard to specific investments'. For Article X(2) to be applicable, the host State must have assumed a legal obligation, and it must have been assumed vis-à-vis the specific investment – not as a matter of the application of some legal obligation of a general character. This is very far from elevating to the international level all 'the municipal legislative or administrative or other unilateral measures of a Contracting Party'.⁴⁷

I saka *Noble Ventures v. Romania* hadde skilsdomsdomstolen ein svært vidt formulert umbrella-klausul til vurdering: "any obligation [a party] may have *entered into* with regard to *investments*"⁴⁸. Trass i at denne formuleringa – "investments" – må kunne seiast å gi rom for tolking vid nok til å romme generelle forpliktingar, kom skilsdomsdomstolen fram til at "it is difficult not to regard this as a clear reference to investment contracts. In fact, one may ask what other obligations can the parties have had in mind as having been 'entered into' by a host State with regard to an investment. The employment of the notion 'entered into' indicates that specific commitments are referred to and not general commitments, for example by way of legislative acts. This is also the reason why Art. II (2)(c) would be very much an empty base unless understood as referring to contracts"⁴⁹.

Det ser altså ut til at ulike skilsdomsdomstolar som har fått ulike umbrella-klausular – med ulik ordlyd – har tolka dei til berre til å gjelde spesifikke forpliktingar. Kva kan ein så utleie frå dette? For å illustrere gjennom eit døme: Ved forhandlingane mellom ein investor og ein stat, der det er tale om å inngå ein investeringsavtale der investor vil gå inn i oljeutvinning innanfor territoriet til staten. Investor forhøyrer seg så om avgifter knytt til lovverket om miljøvern, og får så ein forsikring om at dette lovverket ikkje vil gjennomgå noko endring til skade for investor på i alle fall 5 år. Etter eit par år blir det likevel vedteke ein ny miljølov som pålegg oljeindustrien generelt ekstra avgifter. Er dette då brot på ein spesifikk forplikting? Det er her tale om ein generell lov, som på ingen måte omhandlar investoren individuelt. Slik eg forstår argumentasjonen i sakene så er dette likevel tale om

⁴⁷ *SGS v. Philippines* para 121.

⁴⁸ *Noble Ventures v. Romania* para. 51.

⁴⁹ *Noble Ventures v. Romania* para. 51.

ei spesifikk forplikting. Investor har gjort klart ved avtaleinngåinga at dette hadde tyding, for så å få klart signal om at ikkje noko vil bli endra til skade for investor. Dette er ein problemstilling som må drøftast i forhold til kvar enkelt sak – altså kor klart eit løfte frå staten må vere retta mot berre investor. Kor går grensa mellom spesifikk og generell forplikting? Mykje er enno ikkje klart løyst innanfor dette. Reinisch peikar på nokre av spørsmåla som eg har drøfta men som han vonar vil kome til ei løysing i framtidige saker: ”[...] a large number of questions wait to be resolved by future tribunals: What exactly is a ‘specific obligation’? Does it need to concern the ‘particular investment only’ or may it concern ‘investments in general’ without losing its ‘specificity’? Does the term ‘enter into’ really indicate that only ‘specific commitments’ concerning ‘specific investments’ are covered or might future tribunals come to the conclusion that the terms ‘any obligation entered into’ may concern also ‘legal obligation under municipal law’, thus including, e.g., a host state’s tort law?”⁵⁰

Forsikring gitt av ein stat om å oppretthalde eit visst status quo i høve til særleg skattar og avgifter, er det som er vanleg å kalle for ein stabiliseringsklausul. Dette er klausular som – som namnet tilseier – tar sikte på å stabilisere vilkåra og tilstanda under eit investeringsprosjekt, og såleis medverke til å styre ikkje-kommersiell risiko. Det er altså klausular i private kontraktar mellom investor og vertsland som tar for seg endringar i lovverket i vertslandet medan prosjektet investor er med i vedvarar. Frå investor sin side er dette ein klausul som fungerer som eit verktøy til å redusere risikoen for at det frå vertslandet sin side blir satt i gang nasjonalisering, ekspropriasjon, eller risikoen for at vertslandet kan bruke endringar i omstenda til å pålegge investor nye krav. Med andre ord kan dette innebere eit løfte frå vertslandet til å legge band på sin regulering gjennom ny lovgjeving, eller det kan til dømes innebere at staten forpliktar seg til ikkje å vesentleg endre på dei føreliggjande skattesatsane som har påverknad for investor. Slike klausular kan med andre ord innebere at det skal bli lagt band på staten sin regulerande mynde, der dette faller innanfor rammeverket for investeringsavtalen. Det vanlege er at staten

⁵⁰ Prof. Dr. August Reinisch s. 38-39.

forpliktar seg til å gi kompensasjon for tap investor måtte lide ved at endringar dekkja av stabiliseringsklausulen likevel blir gjennomført.⁵¹

Først kan eg berre kort slå fast at i internasjonal rett har det lenge vore ei godkjenning av at stabiliseringsklausular i utgangspunktet er lovlege og har ein bindande effekt.⁵²

Der er fleire ulike formar for slike stabiliseringsklausular, og det vil bere for langt å gå innom kvar enkelt av desse. Her vil eg berre reise nokre problemstillingar som kan dukke opp i forholdet mellom umbrella-klausular og stabiliseringsklausular. Ein umbrella-klausul vil føresetnadsvis gjere brot av ein slik stabiliseringsklausul i ein investeringsavtale til brot på traktat. At dette er tilfellet slo skilsmidsdomstolen i CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic fast. Den drøfta spørsmålet om brot på to stabiliseringsklausular: ”The first is the obligation undertaken not to freeze the tariff regime or subject it to price controls. The second is the obligation not to alter the basic rules governing the License without TGN’s written consent. The Tribunal must therefore conclude that the obligation under the umbrella clause of Article II(2)(c) of the Treaty has not been observed by the Respondent to the extent that legal and contractual obligations pertinent to the investment have been breached and have resulted in the violation of the standards of protection under the Treaty.”⁵³

Spørsmålet er då om staten til dømes har gitt eit løfte om at den vil fryse skattesatsane. Ein del BIT gjer unntak om nettopp skatt, og då er det dette som må gjelde, altså vil ikkje brot på ein slik stabiliseringsklausul utgjere brot på BIT i slike høve. Men om der ikkje er gjort unntak for skatt – bør ein då kunne tolke umbrella-klausulen innskrenkande, med tanke på at dette vil vere å legge band på ein svært viktig del av ein stat sin utøvande mynde? Kan ein til dømes her seie at det i alle fall må vere gjort ein klar avtale vis-à-vis kontraktpartane, slik at i alle fall einsidig løfte frå staten om ein slik stabiliseringsklausul ikkje kan gjelde? Der løftet er gitt munnleg – kan ein i det minste

⁵¹ Lorenzo Cotula s. 5.

⁵² Lorenzo Cotula s. 7.

⁵³ CMS Gas Transmission Company v. Argentine para. 302-303.

krevje at investor må kunne oppbringe tilstrekkelig med bevis for at staten faktisk har meint å gi eit slikt løfte – altså leggje bevisbyrden på investor?

Stabiliseringsklausular som set opp slike band på ein stat sin regulerande mynde, har enno ikkje blitt tilstrekkelig handsama gjennom skiltdomsdommar, og det har av rettsvitskaplege kommentatorar blitt uttrykt tvil om slike klausular kan vere gyldige og bindande.⁵⁴

Ved vurderinga av den rettslege gildskapen under internasjonal lov vil det gjerne dukke opp den problemstillinga at staten er styrt etter eit maktfordelingsprinsipp. Kan det då vere gyldig om til dømes den utøvande makta har inngått ein avtalte der den har lagt band på den lovgjevande makta? Eller om ein til dømes ser på styresettet i USA. Om den føderale statsmakta har inngått ein avtale som inneheld ein stabiliseringsklausul som inneber at den forpliktar seg til at skattesatsane ikkje skal endrast i den staten investor går inn med investeringar. No er det slik at det er kvar enkelt stat som styrer hovudmengda av skattane i USA, med unntak av dei føderale skattane. Kan då denne avtalen likevel vere gyldig? Der stabiliseringsklausular er ulovlege eller – endå verre – ukonstitusjonelle etter den nasjonale rett, så er der likevel eit gammalt prinsipp i internasjonal rett som seier at statar ikkje kan bruke som påskot bestemmingar i den nasjonale retten som grunnlag til å ikkje rette seg etter, eller som rettsleg argument mot internasjonale plikter.⁵⁵ I

Wienkonvensjonen art. 46 (1) har vi ein regel som bygger opp om dette generelle prinsippet, men den inneheld og eit unntak, nemlig der det gjeld ”a rule of its internal law of fundamental importance”. Denne artikkelen gjeld berre for traktat, men spørsmålet er om den ikkje kan nyttast analogisk, eller i alle fall som ein viss grad av tolkingsleiing i forhold til investor-stat-kontraktar.

Umbrella-klausulen er ein del av ein BIT, og ved vurderinga av kva avtalar som går inn under den er det difor og relevant å sjå på rettspraksis over BITer som ikkje inneheld ein slik klausul. Ein viktig situasjon er der ein avtale er inngått gjennom korrupsjon. Her kan eg vise til ICSID-saka *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, som blei handsama etter ein BIT utan umbrella-klausul. Saka omhandla ein

⁵⁴ Lorenzo Cotula s. 7-8.

⁵⁵ Lorenzo Cotula s. 8.

investeringsavtale mellom eit britisk selskap (WD) og Kenya. WD gjekk til sak mot Kenya for brot på avtalen. Kenya hevda at avtalen måtte vere ugyldig, sidan den var inngått som resultat av muting til den dåverande presidenten Daniel Arap Moi.⁵⁶ ICSID-skilsdomsstolen slo først fast at der faktisk låg føre muting. Den gjekk så over til å sjå på kva som måtte bli konsekvensen av dette.

Ved drøftinga her brukte domstolen som moment at avtalar inngått ved hjelp av korrupsjon er ugyldig etter både engelsk og kenyansk lov⁵⁷, at dette og er tilfellet etter lover i dei fleste andre land⁵⁸, at Kenya var med i ein afrikansk konvensjon mot korrupsjon⁵⁹, at det er internasjonalt anerkjend at korrupsjon ikkje kan godtakast. Ved dette siste viste skilsdomsstolen mellom anna til eit sitat i ein ICC-sak: "[e]ven if, in a certain country and at a certain time, the corruption of civil servants is a generally accepted practice in business dealings, one cannot from the point of view of good administration nor that of morality in business, close one's eyes to the destructive effect of such harmful practices"⁶⁰ (engelsk oversetting i fotnoten). Den slo så fast at: "In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal."⁶¹

Ved ein korrupsjonssak som denne, er det jo rimeleg klart at det ligg skyld på begge sider – både hos den som gav mute og hos den som tok imot. Om dette viste skilsdomsstolen til eit prinsipp som seier *ex dolo malo non oritur actio* – "No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or illegal act [...] So if the plaintiff and defendant were to change sides, and the defendant was to bring his

⁵⁶ World Duty Free v. Kenya para. 128.

⁵⁷ World Duty Free v. Kenya para. 165.

⁵⁸ World Duty Free v. Kenya para. 142.

⁵⁹ World Duty Free v. Kenya para. 144.

⁶⁰ World Duty Free v. Kenya para. 150.

⁶¹ World Duty Free v. Kenya para. 157.

action against the plaintiff, the latter would then have the advantage of it; for where both are equally at fault, *potior est condition defendantis*.”⁶²

Det er altså klart at avtalar inngått gjennom korrupsjon er ugyldige. Dette må og gjelde ved spørsmålet om ”obligation” og ”investment” i ein umbrella-klausul.

Spørsmålet er så om argumenta brukt ovanfor, kan overførast til andre situasjonar. Ta til dømes eit tilfelle der investor har inngått ein avtale med ein stat som han veit er i strid med den nasjonale retten. Vil då staten kunne haldast til ansvar for brot på avtalen? Eller vil ein her og kunne seie gjennom til dømes prinsippa *ex dolo malo non oritur actio* og *potior est condition defendantis* at avtalen er ugyldig? Slik sett trur eg at dei momenta som blei teke opp i *World Duty Free v. Kenya*, og kan brukast i vurderinga av andre typar situasjonar rundt inngåinga av ein investeringsavtale. Kanskje og ved vurderinga av stabiliseringsklausular.

Oppsummeringsvis så ser det ut til at trenden i internasjonal skiltsdom er å tolke ”commitments” i umbrella-klausular som å omfamne eit vidt spekter av avtalar, men likevel å sette som ein grense at det må gjelde spesifikke forpliktingar. Når det gjeld stabiliseringsklausular som legg band på staten sin regulerande mynde, har eg føresetnadsvis klart å vise at det enno er uklart kva veg praksis vil gå. Her vil eg berre uttrykke sterk skepsis over om det vil kunne vere gyldig med ein stabiliseringsklausul som låser reguleringsmynda til ein stat på – etter staten sin nasjonale rett – ein ukonstitusjonell måte, jfr. per analogi wienkonvensjonen art. 46 (1). Når det gjeld klausular som ikkje er ukonstitusjonelle, men som likevel legg sterke band på staten, vil eg tru at eit moment i vurderinga av om dei kan vere gyldige vil vere korleis avtalen er inngått. Til dette kan eg i alle fall presisere at vurderinga om klausular i ein investeringsavtale er gyldige, eller om avtalen i seg sjølv er gyldig inngått – med omsyn til kven som hadde rett til å inngå slik avtale frå staten sin side, og liknande – må vurderast etter nasjonal rett. Det som må vurderast etter umbrella-klausulen, er kva dette – at avtalen eller ein enkeltklausul i avtalen er gyldig eller ugyldig – vil seie i forhold til brot på avtalen – vil investor ha vern under

⁶² *World Duty Free v. Kenya* para. 181.

BITen? Til denne vurderinga må ein kunne trekkje inn momenta i korrupsjonssaken vist til ovanfor.

6.1.2 "Territory"

Umbrella-klausular viser til at det gjeld investeringar "in its [staten] territory". Ved vurderinga av kva som skal til for at vi skal kunne seie at vi har slike investeringar, kan ein gå til saka SGS v. Philipines, der Filipinane hevda at den føreliggande konflikten ikkje kunne handsamast etter BITen sidan "all or substantially all the services for which SGS now claims payment were performed abroad"⁶³, og dermed ikkje kunne seiast å vere investering i filippinsk territorium. SGS på sin side hevda at det ved spørsmål om territorium var nok at "the investor show that the effect of or the value added by the investments or the investment activities flow into the territory of the host State"⁶⁴.

Skilsdomsstolen i SGS v. Pakistan – som hadde same problemstilling til vurdering – kom fram til at det var tale om investering "in the territory of the host State" ut frå den føreliggande BITen, sidan der hadde vore "injection of funds into the territory of Pakistan for the carrying out of SGS's engagements under the PSI Agreement."⁶⁵ Då gjorde det ikkje noko at ein del av utgiftene til SGS var pådratt utanfor Pakistan, sidan desse måtte seiast å vere "necessary to enable [SGS] to perform its obligations under the PSI Agreement"⁶⁶.

Skilsdomsstolen i SGS v. Philipines sa seg einig med argumentasjonen til skilsdomsstolen i SGS v. Pakistan ved vurderinga av kva som skal til for at ei investering skal seiast å vere "in the territory of the host State", og viste til at ein måtte sjå på alle SGS sine investeringar i heilskap. Vidare så var det klart at "SGS's inspections abroad were not carried out for their own sake but in order to enable it to provide, in the Philippines, an inspection certificate on which BOC could rely to enter goods to the

⁶³ SGS v. Philipines para. 33.

⁶⁴ SGS v. Philipines para. 82.

⁶⁵ SGS v. Pakistan para. 136.

⁶⁶ SGS v. Pakistan para. 137.

customs territory of the Philippines and to assess and collect the ensuing revenue”⁶⁷. SGS kunne heller ikkje seiast å ha gått inn med forskjellige eller separate investeringar ”elsewhere than in the territory of the Philippines”⁶⁸.

Ut frå dette kan det altså sjå ut til at investeringar etter ein investeringsavtale kan bli vurdert som innanfor territoriet til ein stat, sjølv om ein del – og kan hende og dei fleste – investeringane blei gjort utanfor staten. Kravet er då at investeringane har kome den gjeldande staten til gode. Ved vurderinga er det eit moment om det i tillegg ”was no distinct or separate investment made elsewhere than in the territory”⁶⁹ til den gjeldande staten.

6.1.3 Kva skal til for at plikten er brote

I høve til umbrella-klausulen og handsaming av konflikt etter denne, er det viktig å til ein kvar tid hugse på at det er ein konflikt på to nivå – nasjonalt kontraktnivå og internasjonalt BIT-nivå. Med dette siktar eg til at vi har ein investor-stat-avtale og ein BIT mellom to land. Ved spørsmålet om plikten er brote, må ein altså då først sjå på om det er brot på investeringsavtalen – dette må då vurderast etter kontrakt og nasjonal rett – for så å vurdere om dette gjennom umbrella-klausulen utgjer eit brot på BITen. I høve til dette punktet er det ikkje interessant å sjå på den første delen, og eg vil difor avgrense meg til berre å sjå på den siste delen. Eg vil altså her gå ut frå at det ligg føre eit brot på investeringsavtalen, og så vil eg drøfte dette i forhold til BITen – vil det automatisk utgjere eit brot på BITen gjennom umbrella-klausulen, eller er der eigne krav for kva som kan bli å rekne for brot på BITen?

Reinisch peikar på ei problemstilling som eg vil ta opp her: ”Does any violation of the covered obligation entail the host state’s responsibility or need the breach be of a certain degree, intensity or quality?”⁷⁰. I folkeretten har vi eit kjent omgrep om ”material breach”, som ein kan oversette som vesentleg misleghald. Vi kan mellom anna finne dette

⁶⁷ SGS v. Philipines para. 101.

⁶⁸ SGS v. Philipines para. 112.

⁶⁹ SGS v. Philipines para. 112.

⁷⁰ Prof. Dr. August Reinisch s. 39.

omgrepet i Wienkonvensjonen art. 60 som seier at "a material breach of a bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part". Denne artikkelen omhandlar ein situasjon som ikkje omfattar investor-stat-konflikt gjennom ein umbrella-klausul, og kan difor ikkje nyttast direkte her. Spørsmålet er om den likevel kan nyttast som rettleiande slik at ein også her skal stille eit krav om at brotet utgjer vesentleg misleghald. Då blir det altså slik at det ikkje er nok å konstatere at det ligg føre eit brot på investeringsavtalen, ein må og drøfte om dette brotet er tilstrekkelig alvorleg til at det kan utgjere eit brot på BITen.

Eit vidare spørsmål er om der må ligge føre eit subjektivt krav for at staten skal ha brote avtalen, eller om det er reint objektivt slik at det tilfellet at der ikkje låg føre nokon "vond vilje" frå staten sin side, at staten ikkje har meint å bryte avtalen, ikkje har noko å seie for spørsmålet om plikten er brote. Her kan vi gå til International Law Commission's draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ILC Draft). Desse reglane kan heller ikkje nyttast direkte på denne situasjonen, men kanskje dei likevel kan fungere som rettleiande. Statsansvarsreglane omtalar ikkje noko om skuldkrav – det er tydeleg at det er snakk om eit objektivt ansvar. Eit brot er altså eit brot.

For å oppsummere kan det med omsyn til Wienkonvensjonen art. 60 sjå ut til at brotet må utgjere ein viss grad av "vesentlegheit", og med omsyn til statsansvarsreglane er ansvaret for dette brotet reint objektivt. Men som tidlegare nemnd kan ikkje desse reglane nyttast direkte på vår situasjon. For å avgjere kva som gjeld med omsyn til kva som skal til for at plikten er brote etter umbrella-klausulen, må ein sjå på ordlyden i kvar enkelt umbrella-klausul – kan ein finne spor etter eit vesentlegheitskrav? Ligg der eit subjektivt element i ordlyden? Vidare må ein sjå på kva rettspraksis seier om spørsmålet.

Med omsyn til ordlyden vil eg vise til drøftinga i kap. 5.2. Dei klausulane som eg der viste til bar preg av å vere klart rettsleg bindande, vil eg her påstå ikkje inneheld noko subjektivt ansvar. Der er det berre tale om at kvar part i BITen "shall observe" alle avtalar. Brot er brot. Eg kan ikkje sjå at det ligg noko spor etter vesentlegheitskrav i denne ordlyden. Det står klart nok at kvar part "shall observe", og om dette ikkje blir følgd vil det tilsynelatande automatisk utgjere eit brot – utan noko krav om at dette må vere vesentleg.

Når det gjeld dei meir uklart formulerte klausulane som t.d. klausulen i Pakistan-saka som seier at kvar part ”shall constantly guarantee the observance”, så vil det slik eg ser det vere rom for å tolke inn både krav om vesentlegheit og subjektivt ansvar – etter mi meining nettopp fordi det er uklart formulert.

Med omsyn til rettssakar, så er det sjølvsagt dei sakene der skiltdomsdomstolen har meint å ha jurisdiksjon til å dømme saka gjennom umbrella-klausulen, som er av interesse. Ved ein gjennomgang av desse ser det ut for meg som at dei ikkje tar opp den problemstillinga som eg her drøftar. Det som er gjennomgåande er at skiltdomsdomstolane berre drøfter om der ligg føre eit brot på investeringsavtalen – då sjølvsagt etter dei vanlege avtale- og kontraktrettslige reglar, og med utgangspunkt i investeringsavtalen. Dette kan tyde på at der ikkje er eit ekstra krav for brot på BITen. Med andre ord at eit konstatert brot på investeringsavtalen automatisk er eit brot på BITen – utan noko ekstra krav om at det må vere vesentleg eller at det må gjelde eit subjektivt ansvar.

Reinisch uttalar om dette spørsmålet at formuleringa ”’shall observe’ does not seem to offer a great number of varying interpretations. It indicates, at first sight, that *any violation* of the covered obligations would be in breach of the umbrella clause”⁷¹. Han viser vidare til F.A. Mann sitt syn på spørsmålet: ”*Mann imposed no restrictions on the violations covered by the umbrella clause. In his opinion this provision’s effect was to render wrongful ’any interference with [the investor’s] contractual rights, whether it results from a mere breach of contract or a legislative or administrative act [...].’*”⁷²

Ved vurderinga av denne problemstillinga, må ein likevel ikkje gløyme at umbrella-klausulen er ein del av ein BIT og ein må difor sjå på det totale biletet. Om BITen har klausular som tilseier at det må gjelde eit krav om vesentleg misleghald og subjektivt ansvar, så er det sjølvsagt dette som må gjelde.

⁷¹ Dr. Prof. August Reinisch s. 37.

⁷² Dr. Prof. August Reinisch s. 37.

6.2 Rettsfølgje

6.2.1 Tilordning av ansvar

Sidan statar er å rekne som juridiske personar, må ein fremje spørsmålet om handlingar, som er brot på internasjonal rett og utført av fysiske personar, kan tilreknast ein stat. Dette får vi ikkje svar på i ein BIT. Reglane om tilreking eller tilordning kan berre bli funnen i generell internasjonal rett som supplement til BITen på dette området. For å presisere problemstillinga kan det vere nyttig med eit døme: Ein representant for ein statsbedrift har inngått ein avtale med ein utanlandsk investor. Det oppstår konflikt og investor går til sak på traktatnivå gjennom ein umbrella-klausul i ein BIT mellom heimlandet og vertslandet. Spørsmålet er så om det faktisk er slik at investor kan gå gjennom umbrella-klausulen – har representanten for statsbedriften forplikta staten slik at dette er ein investor-stat-avtale? Det er altså eit spørsmål om kven som kan forplikte staten. Den andre sida av problemstillinga er kven som kan krenke ein avtale med verknad for staten.

Her vil eg berre innleiingsvis presisere at spørsmålet ikkje her er retta mot sjølv investeringsavtalen, men mot BITen når det først er kome opp ein konflikt mellom partane i investeringsavtalen. Dette gjeld altså ikkje om ein stat er med i ein avtale med ein privat part, men spørsmålet blir altså om ein stat kan bli halde ansvarleg for brot på ein avtale som den i utgangspunktet ikkje er del i, ut frå reglane om tilordning av statsansvar, slik at dette gjennom umbrella-klausulen kan handsamast på BIT-nivå.

Det er i internasjonal rett stor semje om prinsippet om at eit kontraktbrot i seg sjølv ikkje kan reknast for å vere eit brot på internasjonal rett. Umbrella-klausulen tar då – ifølgje enkelte – sikte på å nettopp gjere unntak frå dette prinsippet. Men umbrella-klausulen talar om brot på kontrakt mellom ein stat og ein utanlandsk investor. Eit spørsmål som då kan dukke opp er kva som skal til for at ein stat skal bli forplikta, altså kva som skal til for at ein skal kunne seie at det dreier seg om ein konflikt eller eit kontraktbrot mellom ein stat og ein investor. For å illustrere gjennom eit døme, kan ein tenkje seg at det ligg føre ein BIT mellom Sveits og Filipinane, og denne inneheld ein umbrella-klausul. Spørsmålet blir då om kva som skal til for at ein skal seie at det er Filipinane som stat som står til ansvar ovanfor ein sveitsisk investor som har gått inn med investeringar i Filipinane. Om det til dømes er eit filippinsk selskap som har inngått avtale med denne investoren, er det i

så fall Filipinane som skal stå til ansvar ved avtalebrot, slik at dette gjennom umbrella-klausulen kan løysast på eit traktatnivå? Men dette handlar og om kva som skal til for at ein stat skal vere forplikta der ein offentleg tilsatt person eller ei offentleg eining har inngått avtalen – kan til dømes ordføraren i Trondheim forplikte Noreg som stat? Problemstillinga her er altså kva handlingar eller avtalar som kan tilordnast staten – denne vurderinga er sentral i forhold til umbrella-klausulen sidan det går inn i tolkinga av formuleringar som til dømes i umbrella-klausulen i BITen mellom Filipinane og Sveits: ”shall observe any obligation it has assumed.” Spørsmålet er då kva som skal til for at vi kan seie at vi har ein ”obligation it [staten] has assumed”.

Dette er altså eit spørsmål om kven eller kva som kan forplikte staten – om ein avtale kan tilordnast staten. Denne problemstillinga var oppe til vurdering i saka *Noble Ventures v. Romania*. Her hevda Romania at det ikkje kunne vere tale om ein sak mellom Romania og investoren sidan ”SOF [som hadde inngått investeringsavtalen] and Romania are, as a matter of Romanian law, different legal entities”⁷³. Spørsmålet skilsmåldomstolen her måtte ta stilling til var altså om handlingane til SOF kunne tilreknast staten Romania. Ved handsaminga av dette, viste domstolen til International Law Commission’s draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ILC Draft) kapittel 2 som har overskrifta ”Attribution of conduct to a State”.⁷⁴ Dette kapittelet omhandlar kva som kan tilordnast staten som folkerettslig statsansvar. Her må ein gjere skil på spørsmålet om tilordning av ansvar til staten og andre internasjonale lovprosessar der visse organ blir gitt autorisasjon til å inngå avtalar på vegne av staten.⁷⁵

ILC Draft kap. 2 er samansett av åtte artiklar – art. 4-11. Ved fråveret av eit spesifikt føretak eller ein garanti, er ikkje ein stat ansvarleg for handlingane til personar eller selskap i andre situasjonar enn dei som er omfamna av dette kapittelet.⁷⁶ Dette blei

⁷³ *Noble Ventures v. Romania* para. 66.

⁷⁴ *Noble Ventures v. Romania* para. 69.

⁷⁵ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001 s. 10 para. 4.

⁷⁶ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001 s. 10 para. 9.

bekrefta av skilsdomsdomstolen i saka Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran: "in order to attribute an act to the State, it is necessary to identify with reasonable certainty the actors and their association with the State". Artiklane som er av interesse for mi oppgåve er artiklane 4, 5, 7 og 8. Eg vil i det følgjande kort sjå på desse artiklane i den rekkjefølgja eg finn det naturleg.

Article 4 Conduct of organs of a State: Som overskrifta tilseier, så omhandlar art. 4 organ underlagt staten. Det har lenge vore anerkjend i internasjonale juridiske avgjersle at ein stat er ansvarleg for handlingar utført av sine egne organ, der desse har handla i eigenskap av å vere det. I ILC sin kommentar til art. 4 står det: "An officer or person in authority represents *pro tanto* his government, which in an international sense is the aggregate of all officers and men in authority."⁷⁷ Med andre ord representerer ein tenestemann eller person med styremakt staten i den grad, som internasjonalt er tillagt alle tenestemenn eller personar med styremakt.

Referansen til eit statsorgan i art. 4 er meint å tolkast i sin mest generelle form. I ILC sin kommentar blir det uttrykt slik: "It extends to organs of government of whatever kind or classification, exercising whatever functions, and at whatever level in the hierarchy, including those at provincial or even local level. No distinction is made for this purpose between legislative, executive or judicial organs."⁷⁸

International Court of Justice (ICJ) har og bekrefta dette: "According to a well-established rule of international law, the conduct of any organ of a state must be regarded as an act of that State. This rule ... is of a customary character."⁷⁹

Eit særleg problem etter art. 4, blir dermed å avgjere om ei handling utført av ein offentleg tenestemann, skal reknast som å ha blitt gjort i eigenskap av denne tilsettinga, eller berre som ei handling utført av ein privatperson. ILC uttrykker kategorisk om dette at: "Where such a person acts in an apparantly official capacity, or under colour of authority,

⁷⁷ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001 s. 11 para. 3.

⁷⁸ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001 s. 11 para. 6.

⁷⁹ ICJ Reports 1999 p 62, 87 (para 62).

the actions in question will be attributable to the State”, og viser så til ein sak der det blei hevda at statsansvar som følgje av ei slik handling berre kan bli unnlate der ”the act had no connexion with the official function and was, in fact, merely the act of a private individual”.⁸⁰

Ein stat kan altså ikkje avskrive seg ansvar berre ved å vise til at eit organ eller ein individuell tenestemann har gått utanfor sin mynde eller gått imot instruks. Berre der handlingane er utført i fullstendig privat kapasitet, utan å vere farga av statleg mynde, vil statsansvar kunne bli unngått. Denne regelen blir vidare presisert i ILC Draft art. 7, slik det går fram av ILC sin kommentar: ”It makes it clear that the conduct of a State organ or an entity empowered to exercise elements of the governmental authority, acting in its official capacity, is attributable to the State even if the organ or entity acted in excess of authority or contrary to instructions”, og det blir vidare vist til eit sitat av den spanske regjeringa som del av grunngjevinga for at det må vere slik: ”If this were not the case, one would end by authorizing abuse, for in most cases there would be no practical way of proving that the agent had or had not acted on orders received.”⁸¹ Dette blir og stadfesta av skiltdomsdomstolen i *Noble Ventures v. Romania*: ”Since, from the Claimant’s perspective, SOF and APAPS always acted as if they were entities entitled by the Respondent to do so, their acts would still have to be attributed to the Respondent, even if an excess of competence had been shown.”⁸² Kort sagt vil den sentrale problemstillinga for om det skal bli tale om statsansvar etter denne artikkelen vere om det kan seiast at den eller dei som har handla gjorde dette under tilsynelatande, eller tilsynelatande i eigenskap av, statleg autoritet.

Alle handlingar til personar eller rettslige føretak kan i utgangspunktet tilordnast den staten nasjonaliteten, bustaden eller registreringa er knytt til. Men internasjonal rett vedkjenner autonomien til individ og organisasjonane dei utgjer, og den ser og staten som

⁸⁰ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001 s. 13 para. 13.

⁸¹ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001 s. 16 para. 3.

⁸² *Noble Ventures v. Romania* para. 81.

forskjellig frå innbyggjarane. Det blir difor gått ut frå at handlingane til private i seg sjølv ikkje kan tilreknast staten. For at slike handlingar likevel skal bli tilrekna staten, må ein altså kunne fastslå ein viss grad av foreining – eit visst samband – mellom den private og staten.

Article 5 Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority: Ifølgje kommentarane tar denne artikkelen sikte på å handsame det aukande fenomenet med internasjonale selskap, einingar eller føretak som utøvar element av statleg autoritet, og tilfelle der statlege organisasjonar har blitt privatisert, men enno har visse offentlege og regulerande funksjonar. Artikkelen tar sikte på å fange opp personar eller einingar som ikkje er "organ of the state" etter art. 4, jfr. Art. 5. Dette kan, ifølgje ILC sin kommentar, vere "public corporations, semi-public entities, public agencies of various kinds and even, in special cases, private companies, provided that in each case the entity is empowered by the law of the State to exercise functions of a public character normally exercised by State organs, and the conduct of the entity relates to the exercise of the governmental authority concerned"⁸³. I saka *Noble Ventures v. Romania*, kom domstolen fram til at "SOF and APAPS were legal entities separate from the Respondent" og av den grunn var det ikkje "possible to regard them as *de jure* organs"⁸⁴. Dette tilfellet kunne dermed ikkje gå inn under artikkel 4 i ILC Draft, men domstolen konkluderte med at det kunne gå inn under artikkel 5 sidan "SOF and APAPS were entitled by law to represent the Respondent [Romania] and did so in all of their actions as well as omissions"⁸⁵.

Men situasjonar kan og oppstå der ein stat ikkje formelt har engasjert ein privat part som sin representant, men likevel kontrollerer aktiviteten til denne. Denne situasjonen blir då ikkje omfamna av art. 5, men går under art. 8 i ILC Draft: "The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct." Art. 8 er dermed ei utviding frå utgangspunktet i

⁸³ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001 s. 14 para. 2.

⁸⁴ *Noble Ventures v. Romania* para. 69.

⁸⁵ *Noble Ventures v. Romania* para. 80.

internasjonal rett, nemlig det generelle prinsippet om at handlingar utført av private personar og føretak ikkje kan tilreknast ein stat. Men regelen i art. 8, som inneber at handlingar utført av private kan bli tilrekna ein stat der denne faktisk autoriserte dette, har brei aksept i internasjonal rettsvitskap.⁸⁶

Tsafack Jean B. Fokwa set i si avhandling ”In search for direct corporate responsibility for human rights violations in Africa: Which way forward?” opp tre hovudtilfelle der det kan bli tale om statsansvar for handlingar utført av det ho kallar for ”transnational corporations (TNC)”. Sjølv om denne avhandlinga altså berre ser på slike TNC med omsyn til brot på menneskerettar, så vil desse tre punkta likevel høve bra her som samandrag på dette delpunktet:

1. I situasjonar der individ eller grupperingar i kraft av lovgjevinga i staten utøvar element av statsmynde.
2. I situasjonar der handlingane til ikkje-statlege aktørar reint faktisk er rettleia eller kontrollert av staten.
3. I situasjonar der det i fråveret eller hindringa av offentleg styremakt etter omstenda er påkalla den private eininga å utøve statleg styring.

6.2.2 Plikt til erstatning

Innleiingsvis i denne oppgåva gjorde eg det klart at denne oppgåva ville ha ICSID-saker som utgangspunkt. Om ein går til konvensjonen for denne skiltdomsdomstolen – convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states – art. 54, ser ein at denne implisitt gir uttrykk for at hovudforma for konfliktløysing er økonomisk erstatning. At dette er tilfellet kan ein lese ut frå at den i første setninga i første ledd pålegg partane å ”enforce the pecuniary obligations imposed” (mi understreking). At dette må forståast på denne måten, blir bekrefta av kommentaren til denne konvensjonen: ”The obligation to enforce extends only to the pecuniary obligations imposed by the award.”⁸⁷ Som grunngeving for at det er slik viser kommentaren til at

⁸⁶ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001 s. 18 para. 2.

⁸⁷ The ICSID Convention: A Commentary s. 1124 para. 69.

andre former for erstatning kan vere ukjend innanfor lovverket i det landet handhevinga blir søkt: ”For instance, in some countries the courts may not have the power to order specific performance. Art. 54 (3) provides that execution shall be governed by the law of the State where execution is sought. Since enforcement of pecuniary obligations is presumably available under every legal system, this provision eliminates the problems that could arise...”⁸⁸

Slik sett er det klart at det er den klare hovudregel for saker som blir handsama av ein ICSID-domstol at det vil vere plikt til økonomisk erstatning for avtalebrot.

6.2.3 Plikt til å gjenopprette

ICSID-konvensjonen art. 54 er *lex specialis* ved saker som går for ein ICSID-skilsdomsdomstol. I dei tidlegare vist til reglane om statsansvar – ILC Draft – derunder art. 35 har vi ein regel som må seiast å vere *lex generalis*, som seier at ”a State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed...”. Dette kan omformulerast til å seie at der ligg ein plikt til å gjenopprette forholda. I kommentaren til art. 35 blir det vist til to moglege definisjonar av ”restitution”: ”...restitution consists in reestablishing the *status quo ante*, i.e. the situation that existed prior to the occurrence of the wrongful act.” Den andre definisjonen tilseier at ”restitution is the establishment or reestablishment of the situation that would have existed if the wrongful act had not been committed”. Ifølgje kommentaren er det den første definisjonen som gjeld for art. 35.⁸⁹

Art. 35 set vidare opp to unntak for dette, nemlig tilfelle der det er ”materially impossible” (art. 35 (a)) og der det ”involve a burden out of all proportion” (art. 35 (b)). Kva som nærare bestemt ligg i desse unntaka vil eg ikkje gå inn på her. Men i tilfelle som går inn under unntaka i art. 35 (a) og (b) set art. 36 opp rett til økonomisk erstatning, og denne skal då ”cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established” (art. 36 (2)).

⁸⁸ The ICSID Convention: A Commentary s. 1125 para. 71.

⁸⁹ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001 art. 35 para. 2.

Det kan altså sjå ut til at hovudregelen utanfor ICSID er gjenoppretting av forholda. I kommentaren til ICSID-konvensjonen i art. 54 blir det i forhold til gjenoppretting som rettsfølgje uttrykt at ”Tribunals imposing such nonpecuniary obligations should keep the impossibility to enforce them in mind. Such awards should provide for a pecuniary alternative in case of nonperformance such as liquidated damages, penalties or another obligation to pay a certain amount of money”⁹⁰. Ut frå generell skilsdomsdomstolpraksis innanfor BIT ser det ut til at den klare hovudregel er økonomisk erstatning – både i og utanfor ICSID. Eg har ikkje klart å finne ein einaste BIT-dom der det har blitt tildelt noko anna enn økonomisk erstatning. Grunnen til dette trur eg ein finn i argumenta i dei ovanfor refererte sitata frå ICSID-kommentaren.

7 Prosessuelle sider ved umbrella-klausulen

7.1 Innleiing

Her vil eg sjå på prosessuelle sider ved umbrella-klausulen, då ulike punkt under jurisdiksjon, slik som om umbrella-klausulen gir internasjonale skilsdomsdomstolar primær eller berre subsidiær jurisdiksjon, nasjonal rett kontra internasjonal rett, kontrakt kontra BIT.

7.2 BIT – primær eller subsidiær rett?

Dette spørsmålet var oppe til vurdering i begge SGS-sakene. Domstolen i Pakistan-saka meinte – som vist til tidlegare – at den ikkje hadde jurisdiksjon til å dømme over kontraktbaserte krav, og den meinte av den grunn at det ikkje var grunn til å drøfte spørsmålet om konfliktløysingklausulen i BITen eller investeringsavtalen skulle ha forrang.⁹¹ Men domstolen uttrykte likevel om spørsmålet tvil om at det generelle språket brukt i BITen kunne meine å ”supersede and set at naught all otherwise valid non-ICSID

⁹⁰ The ICSID Convention: A Commentary s. 1126 para. 73.

⁹¹ SGS v. Pakistan para. 161 og 174.

forum selection clauses in all earlier agreements between Swiss investors and the Respondent”.⁹² Dette var noko av grunnen til at domstolen meinte umbrella-klausulen måtte tolkast snevert, sidan den såg det slik at om den tok den til fulle på ordet måtte det leie til at den faktisk ville sette til side konfliktløysingklausular i investeringskontraktar; ”A third consequence would be that an investor may, at will, nullify any freely negotiated dispute settlement clause in a State contract”⁹³.

Domstolen i Filippinane-saka kom på den andre sida til at den hadde jurisdiksjon til å dømme kontraktbaserte krav gjennom umbrella-klausulen. Men den meinte at konfliktløysingklausulen i BITen måtte vere subsidiær i forhold til klausulen i investeringsavtalen. Denne konklusjonen bygde domstolen på to forhold: ”The first consideration involves the maxim generalia specialibus non derogant”⁹⁴. Altså prinsippet om at det spesielle må gå framom det generelle. I denne saka måtte det etter domstolen sitt syn bety at investeringsavtalen må gå framom BITen. Domstolen viste vidare til eit sitat av Schreuer til støtte for dette; ”[a] document containing a dispute settlement clause which is more specific in relation to the parties and to the dispute should be given precedence over a document of more general application”⁹⁵. Det andre forholdet domstolen viste til ”derives from the character of an investment protection agreement as a framework treaty, intended by the States Parties to support and supplement, not to override or replace, the actually negotiated investment arrangements made between the investor and the host State”⁹⁶.

Antonio Crivellaro, ein av medlemmane i skilsmødomstolen i SGS v. Philipines, tok dissens ved nettopp dette spørsmålet og skreiv ein ”declaration” der han ga uttrykk for sitt syn på problemstillinga. Han meinte det blei feil når fleirtalet drøftar om ”the BIT dispute clause ”overrides” or ”replaces” the contract dispute clause”⁹⁷. Det rette måtte vere at begge konfliktløysingklausulane sameksisterer, slik at det er opp til investoren å velje

⁹² SGS v. Pakistan para. 161.

⁹³ SGS v. Pakistan para. 168.

⁹⁴ SGS v. Philipines para. 141.

⁹⁵ SGS v. Philipines para. 141.

⁹⁶ SGS v. Philipines para. 141.

⁹⁷ Crivellaro para. 4.

mellom dei; ”It is my understanding that the most significant advantage which, in practice, is granted by a BIT to foreign investors is, precisely, the right to select, amongst the alternative forums made available by the BIT, the forum that the investor deems the most suitable to him after that the elements of fact or law of the dispute have become clear.”⁹⁸

Crivellaros argumentasjon ser ut til å ha funne støtte i majoriteten av saker som har omhandla umbrella-klausulen. Ethan G. Shenkman og D. Jason File, uttrykker etter å ha gått gjennom den føreliggande rettspraksis innanfor området: ”The majority of these tribunals have held that the existence of a contract remedy does not affect the jurisdiction of a BIT tribunal, making BIT arbitration available even where the contract contains its own dispute resolution requirements. In addition, they have held there is no need to exhaust alternative contract remedies before bringing a BIT arbitration.”⁹⁹ Reinisch støtter og opp om dette synet i det han, etter mitt syn med rette, hevdar at ein umbrella-klausul ”gives rise to the BIT claim – and this is the crucial point – without annulling the contract claim! In other words, thus, every time a BIT contains an observance of commitments clause, a contract violation gives rise to two independent claims: a contract claim based on the contract violation and a BIT claim based on the violation of the umbrella clause”¹⁰⁰.

7.3 Nasjonal rett kontra internasjonal rett

7.3.1 Tvisteløysing – etter kva slags reglar?

Om tvisten blir løyst på BIT-nivå – skal den då løysast etter internasjonal eller nasjonal rett? BIT eller kontrakt?

Eit av problema skilsdomsstolen i Pakistan-saka hadde med å gi umbrella-klausulen vidtrekkande effekt, var at den meinte dette ville innebære ein internasjonalisering av kontraktar – altså ville investeringskontraktar bli omgjorde til traktatar gjennom det domstolen kalla for ”instant transubstantiation”¹⁰¹. Denne tanken var ikkje domstolen i Filippinane-saka samd i: ”It [umbrella-klausulen] does not convert

⁹⁸ Crivellaro para. 5.

⁹⁹ Ethan G. Shenkman og D. Jason File s. 5.

¹⁰⁰ Prof. Dr. August Reinisch s. 29.

¹⁰¹ SGS v. Pakistan para. 172.

questions of contract law into questions of treaty law.” ”[It] addresses not the *scope* of the commitments entered into with regard to specific investments but the *performance* of these obligations, once they are ascertained.” ”...Article X(2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments. But it does not convert the issue of the *extent* or *content* of such obligations into an issue of international law... That issue... is still governed by the investment agreement... The proper law of the CISS Agreement is the law of the Philippines...”¹⁰²

Etter mitt syn er det mest hald i argumenta til skilsdomsdomstolen i Filipinane-saka innanfor dette spørsmålet.

7.3.2 ”Fork in the road”

”Fork in the road” er ein mykje brukt metafor, som grovt skissert seier at dersom ein set ein gaffel ned i vegen, så kan ein velje om ein vil gå til høgre eller venstre for den. I BIT-samanheng er dette ein klausul som seier at ein investor har valet mellom å gå til sak om sine krav anten nasjonalt eller internasjonalt. Men når det valet først er tatt, så seier klausulen at investor er bunden av dette valet – bordet fangar, som uttrykket seier – slik at investor ikkje lenger kan gå til sak internasjonalt dersom dei først valte å innleie sak nasjonalt. Internasjonale skilsdomsdomstolar har lenge hevda at, trass i ”fork in the road”-klausul, så vil ikkje ein sak om kontraktkrav for nasjonal rett stå i vegen for å gå til sak internasjonalt med traktatkrav.¹⁰³ Kva vil dette så ha å seie for tilfelle der vi har ein umbrella-klausul? Her går eg då ut ifrå at det er slik at umbrella-klausulen gjer at kontraktbrot blir å rekne som brot på BIT. Vil investor då, trass i ein ”fork in the road”-klausul kunne gå til sak internasjonalt etter å ha gått til sak nasjonalt?

Problemstillinga her må ikkje forvekslast med den satt opp i 7.2. Der var spørsmålet om BITen skulle utgjere primær eller subsidiær rett. Her er spørsmålet om ein kan gå til BITen om ein allereie har følgd tvisteløysing etter investeringsavtalen.

¹⁰² SGS v. Philipines para. 126-128.

¹⁰³ Christoph Schreuer (2) s. 2.

Det vanlege i BIT-saker har vore at skiltdomsdomstolen prøver å skilje mellom brot på investeringsavtalen og brot på BIT. Det har så vore vanleg at internasjonale skiltdomsdomstolar har vurdert det slik at den har jurisdiksjon til å dømme innanfor spørsmål om traktatbrot uavhengig av konfliktløyingsklausular i investeringsavtalen. Men her går eg som nemnd føresetnadsvis ut frå at ein umbrella-klausul gjer brot på investeringsavtalen til brot på BIT, og at skiltdomsdomstolen etter BITen då i utgangspunktet er kompetent til å dømme over spørsmålet. Det som skal drøftast her er altså berre om investor grunna ein ”fork in the road”-klausul i BITen har mista sin rett til handsaming av krava sine etter skiltdom avtalt i BITen om saka først har blitt handsama etter investeringsavtalen.

Rettspraksisen så langt relatert til bruken av ”fork in the road”-klausulen ser ut til å vere nokså gjennomført. Denne klausulen og tapet av retten til internasjonal skiltdom gjeld berre dersom den same saka mellom dei same partane har blitt lagt føre nasjonal domstol eller skiltdomsdomstol før det blir lagt fram for internasjonal skiltdom.¹⁰⁴ Det før nemnde unntaket om at traktatkrav likevel kan bli fremja, kan dermed seiast å gjelde berre ut frå det utgangspunktet at det berre er kontraktkrav som tidlegare har blitt handsama. Det at umbrella-klausulen omformar kontraktkrav til traktatkrav har dermed ingen effekt her. Det sentrale er då at dersom eit forhold har blitt handsama nasjonalt, så vil ikkje investoren kunne ta opp det same forholdet for internasjonal skiltdom dersom BITen inneheld ein ”fork in the road”-klausul.

Men som eg har vist til i referat av rettspraksis ovanfor, så har dei domstolane som har gitt umbrella-klausulen ei vid tolking, ikkje gjort dette ut frå den tanken at kontraktkrav blir direkte omforma – transformert – til traktatkrav. Tanken er at umbrella-klausulen berre gjer at investoren får ein annan rettsinstans til å fremje krav framfor i tillegg til den satt opp etter investeringsavtalen. Slik sett vil eg tru at det riktige blir at der ein har ein ”fork in the road”-klausul, så kan ein fortsatt der det er mogleg skilje mellom traktatkrav og kontraktkrav, og då kan ein i så fall tolke det før nemde unntaket som at investor fortsatt har rett til å fremje traktatkrava for ein internasjonal skiltdomsdomstol.

¹⁰⁴ Katia Yannaca-Small (2) s. 29.

Til slutt kan eg berre kort slå fast at der det ikkje er nokon ”fork in the road”- klausul i BITen viser ein gjennomgang av ICISD-saker at der skiltdomsdomstolen først har gitt umbrella-klausulen verknad som ”hard law”, så er det tydeleg at det ikkje er noko usemje om at då er den internasjonale skiltdomsdomstolen enno kompetent til å dømme i saka. Men der er noko usemje om dette kan skje uavhengig av nasjonal handsaming. I til dømes SGS v. Phillipines utsette domstolen handsaminga av saka ved å vise til at den måtte vente til den lokale domstolen hadde avsagt dom. Først då ville SGS kunne gå vidare til skiltdomsdomstolen etter BITen. Dette viser då føresetnadsvis at domstolen ikkje såg det slik at investor mistar retten til handsaming etter traktatbestemt skiltdom av di saka hadde blitt handsama på nasjonalt nivå – tvert imot ville den først få kompetanse etter at det var gjennomført. Antonio Crivellaro, som ovanfor nemnd dissenterte over resultatet i denne saka, må og kunne seiast å vere samd i at handsaming på nasjonalt nivå ikkje fratar investor retten til å gå til sak gjennom internasjonal skiltdom. Det han var usamd med fleirtalet i var som nemnd spørsmålet om SGS først måtte gå til sak etter investeringsavtalen. Han meinte at SGS til ein kvar tid måtte kunne velje å gå til sak gjennom avtalt skiltdom i investeringsavtalen eller BITen.

Konklusjonen må dermed vere at investor som først har fått handsaming av saka etter nasjonal domstol berre har blitt fråteke retten til å gå til sak etter BITen om dei same forholda der denne inneheld ei bestemming som tilseier at dette.

8 Konklusjon/oppsummering

Målet for denne avhandlinga var å teikne ei skisse av rettstilstanden til umbrella-klausulen og kva ein kan vente av den der den blir tillagt rettsleg bindande kraft.

Situasjonen rundt umbrella-klausulen er no slik at etter at dei to SGS-sakene enda i vesentleg ulike konklusjonar, har det kome opp ein del fleire saker der ein internasjonal skiltdomsdomstol har måtta tolke ein umbrella-klausul. Desse har, trass i klare likskapar mellom klausulane til vurdering, kome til svært ulike konklusjonar, noko som har ført til i stor grad forvirring i staden for klårleik med omsyn til tolkinga av umbrella-klausular. Det

synest likevel for meg – ut frå den litterære debatten, ut frå eit lite fleirtal av saker, og ut frå min eigen analyse av moment ved ordlyd i umbrella-klausular og formål og intensjonar til traktat osv. – som at det rette blir å tilrekne umbrella-klausulen rettsleg bindande kraft. Det er og i den retning det kan sjå ut som praksis går. Men det er enno viktig å hugse på at det som vist ovanfor kan variere veldig korleis ein umbrella-klausul er formulert, og kvar den er plassert i ulike BIT osv. Det er enno slik at kvar umbrella-klausul må tolkast for seg sjølv, slik at det nok enno kan hende at alle moment gjennomgått over, kumulativt leier til at ein umbrella-klausul må reknast for berre å vere ”soft law”. Men eit sitat i avhandlinga ”International Arbitration Report” av Michael D. Nolan og Edward G. Baldwin viser at også dei trur praksis går i retning av å gi umbrella-klausulen rettsleg bindande kraft: ”The decisions by several tribunals that have allowed breaches of contracts to be brought pursuant to an observance of obligations clause can be understood to conclude that the umbrella clause has the effect of internationalizing contractual obligations. Although the extent of those obligations will likely still be resolved with reference to the municipal law governing the contract, whether the obligation itself has been observed will be examined under principles of international law.”¹⁰⁵

Når det gjeld dei materielle og prosessuelle sidene ved rettsleg bindande umbrella-klausular, så vil eg ikkje gå noko meir inn på konklusjonane mine her, men berre vise til det som er skrive i punkta over. Det eg vil presisere her, er at eg ikkje kan sjå at det har kome fram klare løysingar på alle dei ulike problemstillingane eg har drøfta. Målet mitt her var ikkje nødvendigvis å kome fram til klare konklusjonar under kvart punkt, men meir å peike på det eg ser på som viktige problemstillingar og i best mogleg grad reise, og drøfte, dei ulike løysingsalternativa.

¹⁰⁵ Michael D. Nolan og Edward G. Baldwin s. 5.

9 Litteraturliste

Cotula, Lorenzo: *Regulatory takings, stabilization clauses and sustainable development* (2008).

<http://www.oecd.org/dataoecd/45/8/40311122.pdf>

Crawford, James: *Human Rights and State Responsibility*.

<http://www.lib.uconn.edu/online/research/specilib/ASC/events/sackler/Crawford%20transcript.pdf>

Dolzer, R. og M. Stevens: *Bilateral Investment Treaties*. Kluwer Law (1995).

Fokwa, Tsafack Jean B.: *In search for direct corporate responsibility for human rights violations in Africa: Which way forward?* (2004).

http://www.up.ac.za/dspace/bitstream/2263/1082/1/fokwa_tjb_1.pdf

Mann, F.A.: *British treaties for the Promotion and Protection of Investments*. 52 British Year Book of International Law 241 (1981).

Nolan, Michael D. og Edward G. Baldwin: *The treatment of contract-related claims in treaty-based arbitration*. Mealey's International Arbitration Report (2006).

www.milbank.com/NR/rdonlyres/7CAECE7E-F98B-4298-A183-C4376738C03F/0/0606-Nolan.pdf

Reinisch, Prof. Dr. August: *Umbrella Clauses*. Seminar on International Investment Protection Winter Semester 2006/2007.

http://forschungsnewsletter.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/int_beziehungen/Internetpubl/weissenfels.pdf

Schreuer, Christoph: *Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella clauses and Forks in The Road*. The Journal of World Investment Law & Trade (2004) s. 249-255.

Schreuer, Christoph (2): *A Decade of Increasing Awareness of Investment Arbitration and Intensive Activity: an Assessment* (2005).

<http://www.oecd.org/dataoecd/5/54/36055388.pdf>

Shenkman, Ethan G. og D. Jason File: *Recent Developments in Investment Treaty Jurisprudence: Arbitrating Contract Claims Under Umbrella Clauses*. The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2007, chapter 2.

www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/1414.pdf

Weil, Prosper: *Recueil des Cours III* (1969).

Wong, Jarrod: *Umbrella Clauses in bilateral investment treaties: Of breaches of contract, treaty violations, and the divide between developing and developed countries in foreign investment disputes* (2006).

<http://www.law.gmu.edu/assets/subsites/gmulawreview/files/14-1/documents/WONG-FinalFormatted.pdf>

Yannaca-Small, Katia: *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*. OECD (2006).

<http://www.oecd.org/dataoecd/3/20/37579220.pdf>

Yannaca-Small, Katia (2): *Improving the system of investor-state dispute settlement: An overview*. OECD (2006).

<http://www.oecd.org/dataoecd/3/59/36052284.pdf>

10 Dokument og traktatar

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001.

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

Vienna Convention on the Law of Treaties – May 23, 1969.

The ICSID Convention: A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States.

The Energy Charter Treaty.

UK Model BIT 1999.

US-Argentina BIT 1991.

Austrian Modell BIT.

Swiss-Pakistan BIT.

Phillippines-Switzerland BIT.

Netherlands-Poland BIT.

US Modell BIT 2004.

11 Dommar

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan,
ICSID Case No. ARB/01/13. (Swiss Confederation/Pakistan BIT), 2003.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines,
ICSID Case No. ARB/02/6. (Swiss Confederation/Republic of the Philippines BIT), 2004

Eureko B.V. v. Republic of Poland (Netherlands/Poland BIT), 2005.

Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11
(US/Romania BIT), 2005.

CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, Award, ICSID ARB/01/8,
(US/Argentina BIT) 2005.

World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7,
(UK/Kenya BIT) 2006.

